

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Artikel 359 lid 2 Sv en ontneming)

Borgers, M.J.

2008

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2008). *Case note: Hoge Raad (Artikel 359 lid 2 Sv en ontneming)*, No. 288, Feb 05, 2008. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2008).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 6 november 2007, zaaknummer: 01302/06 P, LJN: BA3593 en HR 5 februari 2008, NJ 2008, 288, zaaknummer: 03153/06 P, LJN:BC2913; artikel 359 lid 2 Sv en ontneming

Noot van M.J. Borgers

1

Vindt de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv toepassing in de ontnemingsprocedure? Naar de letter van de wet lijkt dat het geval te zijn. Immers, artikel 359 lid 2 Sv valt onder de voorschriften die in artikel 511e lid 1 Sv ‘van overeenkomstige toepassing’ worden verklaard op de uitspraak in de ontnemingsprocedure. Dat geldt ingevolge artikel 511g juncto 415 Sv ook voor het hoger beroep. De clausule ‘van overeenkomstige toepassing’ biedt evenwel ruimte voor modificatie of het buiten toepassing laten van aldus van toepassing verklaarde voorschriften (vgl. Van der Neut & Simmelink, DD 1996, p. 851-873). Aanleiding daarvoor kan zijn dat — kort gezegd — de aard, de structuur en/of (andere) specifieke kenmerken van de ontnemingsprocedure zich niet verhouden met een onverkorte toepassing van een voorschrift. Een voorbeeld daarvan betreft de toepassing van de voorschriften met betrekking tot het oproepen en horen van getuigen. In verband met enkele bijzondere kenmerken van de ontnemingsprocedure stelt de Hoge Raad specifieke en, ten opzichte van gewone strafzaken, strenge eisen aan de onderbouwing van het verzoek tot het horen van getuigen (zie HR 25 juni 2002, NJ 2003, 97 m.nt. PMe, onder andere herhaald in HR 19 februari 2008, LJN BC4464, en voorts de opmerkingen in Trema Straftoemingsbulletin 2007, nr. 2, p. 25-33). In relatie tot de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv luidt de kernvraag dan ook: kan en moet dit voorschrift onverkort toepassing vinden in de ontnemingsprocedure of bestaat er aanleiding voor het modificeren of het buiten toepassing laten daarvan? De Hoge Raad opteert voor onverkorte toepassing, terwijl waarnemend A-G Bleichrodt in de zaak NJ 2008, 287 bepleit dat dit voorschrift in het geheel geen toepassing dient te vinden. Hoe kan dit verschil in opvatting worden verklaard?

2

Zowel de Hoge Raad als waarnemend A-G Bleichrodt refereren aan de wetsgeschiedenis. De Hoge Raad merkt op dat de totstandkomingsgeschiedenis van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv er niet op wijst dat de wetgever dit voorschrift niet van toepassing heeft willen achten. Daar tegenover stelt waarnemend A-G Bleichrodt dat niet blijkt of de wetgever zich heeft gerealiseerd dat op grond van artikel 511e lid 1 Sv het motiveringsvoorschrift van artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv in beginsel toepassing vindt in de ontnemingsprocedure. De teneur van het betoog van Bleichrodt is daarbij dat indien de wetgever goed had nagedacht over de consequenties, wellicht een uitzondering zou zijn gemaakt op de toepasselijkheid van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv in de ontnemingsprocedure. Wat daar ook van zij, duidelijk mag zijn dat men niet veel verder komt met bespiegelingen omtrent de mogelijke wil van de wetgever. Paul Scholten heeft dat fraai onder woorden gebracht: ‘Van wat de wetgever gedaan zou hebben, als hij gedacht had aan iets, waaraan hij in werkelijkheid niet dacht, weten we niets’ (Asser/Scholten, Algemeen deel, Zwolle: Tjeenk Willink 1974, p. 70).

De Hoge Raad geeft, naast de constatering dat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv valt onder de van overeenkomstige toepassing-verklaring van artikel 511e lid 1 Sv en de verwijzing naar de wetsgeschiedenis, geen inhoudelijke argumenten voor zijn beslissing. Die argumenten zijn er naar mijn mening wel, maar alvorens daar (onder 4) op in te gaan, verdient de conclusie van waarnemend A-G Bleichrodt nader aandacht. Daarin worden drie samenhangende redenen genoemd om aan de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv geen toepassing te geven (conclusie onder 3.7.6): in de ontnemingsprocedure gelden afwijkende criteria voor de vaststelling van feiten; in de ontnemingsprocedure geldt de binding aan bewijsmiddelen niet onverkort; en in de ontnemingsprocedure is een zekere mate van verdeling van de bewijslast mogelijk, hetgeen met zich brengt dat van de betrokkene mag worden verlangd dat hij concreet en gemotiveerd de — voorshands aannemelijk geworden — stellingen van het openbaar ministerie weerspreekt. Deze redenen hebben gemeen dat de ‘bewijsvoering’ in de ontnemingsprocedure — dat wil zeggen: de vaststelling van de feiten die van belang zijn voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel — tot op zekere hoogte afwijkt van het bewijsrechtelijke regime in de gewone strafzaak. Op zichzelf valt daarop weinig af te dingen. De vraag is echter welke betekenis deze constatering heeft voor de toepasselijkheid van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv. De redenering van Bleichrodt lijkt te zijn dat die tweede volzin vooral relevantie heeft voor de weerlegging van reguliere bewijsverweren en dat, gegeven de verschillen op bewijsrechtelijk vlak, de motiveringsplicht van de tweede volzin daarom minder goed past in het procedurele raamwerk van de ontnemingsmaatregel. Op deze redenering valt het één en ander af te dingen. Allereerst wijs ik erop dat de motiveringsplicht van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv niet beperkt is tot specifieke verweren. Integendeel, het gaat heel in het algemeen om ‘standpunten’, met geen andere afbakening dan dat deze standpunten uitdrukkelijk moeten zijn onderbouwd. Iets anders is dat de tweede volzin in een gewone strafzaak vooral betekenis heeft voor de bewijsbeslissing (en overigens ook voor de straftoemetingsbeslissing), omdat tot de invoering van de tweede volzin op dat vlak uitsluitend in de rechtspraak ontwikkelde responsieplichten golden (vgl. HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 m.nt. Y. Buruma, rov. 3.6). Het voorschrift van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv mag evenwel niet worden gereduceerd tot een bewijsmotiveringsvoorschrift. Ten tweede, indien men de bewijsrechtelijke voorschriften die in de ontnemingsprocedure gelden, en de rechtspraak daaromtrent in ogenschouw neemt, valt vooral op dat een actieve verdediging wordt verlangd. Een verweer kan betrekkelijk eenvoudig worden gepasseerd, indien het niet concreet en specifiek wordt ingekleed en waar nodig met bescheiden wordt onderbouwd. Is het juist bij een dergelijk ‘verlicht’ bewijsregime niet redelijk om tegenover de inspanning die van de verdediging wordt verlangd, een motiveringsplicht te stellen indien het ingenomen standpunt wordt gepasseerd? Een dergelijke plicht past bij uitstek bij het contradictoire procesmodel zoals dat — ook — ten grondslag ligt aan de ontnemingsprocedure (en dat mede tot uitdrukking komt in de mogelijkheid van schriftelijke voorbereiding die artikel 511d lid 1 Sv biedt). Vanuit dat gezichtspunt ligt het juist voor de hand om de tweede volzin van art. 359 lid 2 Sv onverkort van (overeenkomstige) toepassing te achten in de ontnemingsprocedure. Zo bezien, kan overigens wél enige steun worden gevonden in de wetsgeschiedenis. Daarin wordt immers gerefereerd aan het uitgangspunt van een contradictoir geding, zoals dat ten grondslag ligt aan de voorstellen van de projectgroep Strafvordering 2001 (vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 255, nr. 8, p. 2).

In het vorenstaande ligt reeds een belangrijk argument besloten ten gunste van de beslissing van de Hoge Raad. Daarnaast kunnen er nog twee argumenten pro worden genoemd. Allereerst kan worden geconstateerd dat de Hoge Raad reeds de nodige responsieplichten in relatie tot de ontnemingsuitspraak heeft ontwikkeld. Die plichten hebben onder andere betrekking op verweren ter zake van aftrekbare kosten (o.a. HR 30 oktober 2001, NJ 2002, 124 m.nt. PMe), de verdeling van het voordeel bij mededaders (o.a. HR 16 januari 2007, NJ 2007, 70), alsmede de matiging van de betalingsverplichting wegens het ontbreken van voldoende draagkracht (o.a. HR 16 april 1996, NJ 1998, 631 m.nt. Sch). Deze ontwikkeling heeft zich voltrokken zonder specifieke wettelijke grondslag (vgl. daarover Van der Neut & Simmelink, t.a.p., p. 855-863, en ook de kritische kanttekeningen van Mevis in zijn noot onder HR 30 oktober 2001, NJ 2002, 124). Hoewel een voortzetting van die praktijk mogelijk zou zijn geweest (hetgeen de voorkeur heeft van waarnemend A-G Bleichrodt), ligt het veeleer voor de hand om — zoals de Hoge Raad in NJ 2008, 288 in relatie tot kostenverweren tot uitdrukking brengt — de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv thans mede op te vatten als codificatie van de in de rechtspraak ontwikkelde motiveringsplichten. Dat is juist mogelijk doordat de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv niet is gekoppeld aan specifieke verweren of beslissingen. Om dezelfde reden geldt de tweede volzin in reguliere strafzaken thans mede als codificatie van de eerder in de rechtspraak ontwikkelde responsieplichten met betrekking tot bepaalde bewijs- en strafmaatverweren (zie HR 13 maart 2007, NJ 2007, 180). Het tweede argument is iets technischer van aard. In HR 23 maart 2004, NJ 2004, 256 heeft de Hoge Raad artikel 359 lid 7 Sv (oud) — met een zekere modificatie — van toepassing geacht in het geval dat de rechter het bedrag van de ontnemingsmaatregel hoger vaststelt dan door het openbaar ministerie is gevorderd. Met de introductie van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv is het tot dat moment geldende zevende lid van dezelfde bepaling komen te vervallen. De functie van dat zevende lid is overgenomen door de tweede volzin (vgl. Kamerstukken II 2003/04, 29 255, nr. 8, p. 2, en voorts HR 30 oktober 2006, NJ 2006, 549). Ook om die reden ligt het voor de hand om de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv van toepassing te achten in de ontnemingsprocedure. Vgl. in dit verband HR 25 maart 2008, NJ 2008, 196.

De toepasselijkheid van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv in de ontnemingsprocedure houdt in dat de verwerping van al die standpunten die rechtstreeks verband houden met de ontnemingsvordering (vgl. HR 9 juni 1999, NJ 1999, 589, en HR 13 juni 2006, NJ 2006, 370), gemotiveerd dient te geschieden. Het ligt voor de hand — de hier besproken arresten, alsmede HR 25 maart 2008, NJ 2008, 196 en HR 15 april 2008, LJN BC9411, bevestigen dat tot op zekere hoogte ook — dat de Hoge Raad bij de verdere uitwerking van de eisen die aan de inkleding van het standpunt worden gesteld, en van de omvang van deze motiveringsplicht aansluiting zoekt bij de overwegingen dienaangaande in zijn standaardarrest HR 11 april 2006, NJ 2006, 393 m.nt. Y. Buruma en de daarop voortbouwende rechtspraak. Hetzelfde geldt voor de vaststelling van de consequenties — in de zin van: zelf afdoen, terugwijzen of verwijzen — indien de motiveringsplicht is geschonden. Terug- of verwijzen ligt met name niet voor de hand in het geval dat het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt alleen maar had kunnen worden verworpen. De zaak NJ 2008, 288 is in dit verband illustratief. Daarin wordt het verweer

gevoerd dat de aanschafkosten van een wapen in mindering zouden moeten worden gebracht op de opbrengst van de met dat wapen begane overvallen. De Hoge Raad doet de zaak af met de overweging dat het hof dit verweer — kennelijk en niet onbegrijpelijk — niet als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt heeft opgevat. Waar de pijn precies zit, laat de Hoge Raad in het midden. Ongetwijfeld zal een rol hebben gespeeld dat de verdediging niet — expliciet of impliciet — heeft gerefereerd aan de voor kostenaf trek geldende criteria (vgl. rov. 3.3) waardoor het verweer onvoldoende met argumenten is geschraagd. Maar ook indien het verweer wél naar behoren zou zijn opgetuigd en als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt zou hebben kunnen gelden, had het naar mijn mening alleen maar kunnen worden verworpen. De kosten voor aanschaf van duurzame goederen zijn immers niet vatbaar voor verrekening, hooguit de afschrijvingskosten (zie bijvoorbeeld HR 15 november 2005, LJN AU2230). Dat geldt ook hier: een wapen gaat heel wat langer mee dan de overvallen waar dit bij wordt ingezet.